



DOM

2014 -02- 27
Meddelad i Sundsvall

KONKURRENSVERKET	
2014 -02- 28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

VR Track Sweden AB, 556857-4205

Ombud: Advokaterna Catharina Baerselman och David Nilsson
Bird & Bird Advokat KB

Box 7714
103 95 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 1 november 2013 i mål nr 3095-13,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena
vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 11 november 2013 upphör därmed
att gälla.

Dok.Id 118492

Postadress
Box 714
851 21 Sundsvall

Besöksadress
Södra Tjörngatan 2

Telefon
060-18 66 00
E-post: kammarrattenisundsvall@dom.se
www.kammarrattenisundsvall.se

Telefax
060-18 66 52

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

VR Track Sweden AB (VR Track) yrkar i första hand att kammarrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Infranord AB:s (Infranord) anbud ska förkastas och i andra hand att kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och återförvisar målet till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

Trafikverket bestrider bifall till överklagandet.

Trafikverket har, efter anmodan från kammarrätten, gett in utdrag ur Infranords prissatta mängdförteckning, utdrag ur Infranords organisationsplan samt Infranords svar på Trafikverkets fråga angående användandet av liftmotorvagn.

PARTERNAS ARGUMENTATION I KAMMARRÄTTEN

VR Track

Trafikverket har särskilt framhållit att det är liftmotorvagn *eller* motsvarande som ska prissättas och att ”frågan som ställts och det svar som lämnats måste ses mot denna bakgrund”. Det troligaste är därför att Infranord har offererat lifträlsbil som ”Liftmotorvagn eller motsvarande”. Att detta inte är förenligt med förutsättningarna i upphandlingen är tydligt genom att lifträlsbil ska offereras separat. Alternativt har Infranord på något annat sätt reserverat sig eller lämnat ett alternativt anbud, vilket inte är tillåtet i upphandlingen.

Faktum kvarstår att Trafikverket uppenbarligen har funnit anledning att ställa frågan om Infranord inte avser att använda liftmotorvagn i entreprenaden och att be Infranord att beskriva hur bolaget avser att klara ingående åtaganden med enbart lifträlsbil. Det svar från Infranord som

Trafikverket gett in ger inte svar på frågan och det angivna skälet till att frågan ställdes är ologiskt och inte trovärdigt.

Förvaltningsrättens dom innebär en felaktig tillämpning av den s.k. förhandlingsprincipen (se rättsfallet RÅ 2009 ref. 69). Enligt denna kan domstolen inte döma över annat än vad parterna har åberopat i målet. Eftersom Trafikverket inte har gjort gällande att Infranord har offererat lifträlsbil som "Liftmotorvagn eller motsvarande" kan förvaltningsrättens egen slutsats av denna innebörd inte läggas till grund för avgörandet.

Trafikverket

Av Infranords prissatta mängdförteckning framgår att bolaget har prissatt både kod 99.2.8 "Liftmotorvagn eller motsvarande" och kod 99.2.9 "Lifträlsbil". Anledningen till att Trafikverket ställde frågan om liftmotorvagn var att Infranord i sin organisationsplan angett att liftmotorvagn skulle kunna användas vid behov genom avrop och inplanering. Infranord lämnade ett betryggande svar där det anges att Infranord införskaffat nya lifträlsbilar som har en högre utrustningsnivå än en liftmotorvagn. Infranord har inte inkommit med några nya eller kompletterande uppgifter till de i anbudet ingivna handlingarna.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I upphandlingsföreskrifterna UFB.3 anges bl.a. att reservationer eller liknande som innebär att anbudet avviker från ställda krav inte godtas och innebär, där annat inte uttryckligen anges, att anbudet måste förkastas.

I UFB.312 anges vidare att anbud med alternativt utförande inte kommer att tas upp till prövning.

Tillämpliga bestämmelser, praxis och övriga relevanta delar ur förfrågningsunderlaget framgår av förvaltningsrättens dom.

Förhandlingsprincipen

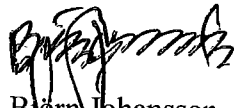
VR Track har gjort gällande att förvaltningsrätten har avgjort målet genom att döma över en omständighet som inte har åberopats av någon av parterna. Kammarrätten finner att enbart det faktum att förvaltningsrätten dragit slutsatser utifrån ingivna och åberopade handlingar inte kan innebära att domstolen dömt över annat än vad som åberopats i målet. Det saknas därför skäl att visa målet åter till förvaltningsrätten.

Ska-kravsuppfyllelse avseende liftmotorvagn

VR Track har gjort gällande att Infranord inte har uppfyllt förfrågningsunderlagets angivna ska-krav genom att inte offerera liftmotorvagn. Av det numera ingivna utdraget ur Infranords mängdförteckning framgår dock att Infranord har prissatt posten 99.2.8 "Liftmotorvagn eller motsvarande".

Frågan är då om Infranord ändå har lämnat ett otillåtet anbud. Infranord har inte prissatt den aktuella posten med noll kronor och de uppgifter som lämnats i organisationsplanen kan inte förstås på annat sätt än att en liftmotorvagn finns att tillgå vid behov. Mot denna bakgrund kan varken den omständigheten att användandet av liftmotorvagn förutsätter avrop och inplanering eller de uppgifter som lämnats av Infranord som svar på Trafikverkets fråga anses innebära att Infranord inte har offererat "Liftmotorvagn eller motsvarande" eller att Infranord har lämnat ett anbud med alternativt utförande eller med reservation. På grund härav och då det inte heller i övrigt har framkommit några skäl för ändring av förvaltningsrättens dom ska överklagandet avslås.

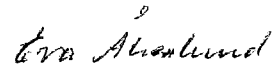
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Björn Johansson
kammarrättsråd
ordförande



Petra Ebbing
kammarrättsråd
referent



Eva Åkerlund
adjungerad ledamot

Daniel Sandberg
kammarrättsfiskal
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2
Ponthus Andersson

DOM
2013-11-01
Meddelad i
Falun

Mål nr
3095-13

Sida 1 (7)

Bilaga A

SÖKANDE

VR Track Sweden AB, 556857-4205
Aurorum 6 A
977 75 Luleå

Ombud: Advokaterna Catharina Baerselman och David Nilsson
Bird & Bird Advokat KB
Box 7714
103 95 Stockholm

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

Ombud: Veronica Viklund
Trafikverket
781 89 Borlänge

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår VR Track Sweden AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 96773

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND

Trafikverket genomför en upphandling av utförandeentreprenad avseende underhåll av järnvägsanläggning (TRV 2012-59913). Upphandlingen sker i form av förhandlat förfarande. Anbud inkom från Infranord AB (Infranord) och VR Track Sweden AB (VR Track). Av tilldelningsbeslut som meddelades den 5 juli 2013 framgår att Infranords anbud antogs med motiveringen att dess anbudssumma är lägst.

YRKANDE M.M.

VR Track ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Infranords anbud inte beaktas vid utvärderingen och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för ansökan anför VR Track i huvudsak följande. Infranord har inte offererat någon liftmotorvagn på sätt som efterfrågas i mängdförteckningen. Det framgår av protokollet från anbudsgenomgången att Trafikverket frågat Infranord om bolaget avser att utföra uppdraget utan liftmotorvagn. Hade Infranord offererat liftmotorvagn hade Trafikverket inte haft anledning att ställa frågan. Det finns poster i prislistan för ändrings- och tilläggsarbeten (ÄTA-arbeten) som även återfinns i den ordinarie prislistan. Detta sätter utvärderingsmodellen, som grundas på båda prislistorna, ur spel. Dubbelposterna utgörs i den ordinarie prislistan av s.k. reglerbara mängder. Detta innebär att den mängd som är prissatt i den ordinarie prislistan kommer att regleras utifrån den verkliga mängden utfört arbete vid viss angiven tidpunkt och att det därför inte blir aktuellt att tillämpa prisuppgifterna i prislistan för ÄTA-arbeten. Inte i något fall kommer prislistan för ÄTA-arbeten tillämpas för dubbelposterna. Leverantörerna ges dock intrycket att så är fallet mot bakgrund av hur underlaget är utformat och genom instruktionerna om att leverantörens kostnader ska anges. Summan av prislistan för ÄTA-arbeten ger ett tillägg på VR Tracks anbud om totalt ca 58,5 miljoner kr. Med anledning av att Infranords anbud är ca 50 miljoner kr lägre än VR Tracks anbud kan ifrågasättas om In-

franord uppmärksammat bristerna i utvärderingsmodellen och i vart fall åsatt dubbelposterna med noll kr samt att Trafikverket i sådant fall måste ha uppmärksammat detta utan att söka nollställa anbuden. Anbuden skulle därigenom inte kunnat utvärderas på lika villkor. Detta skulle strida mot såväl transparens- som likabehandlingsprincipen. Om utvärderingsmodellen inte brutit i transparens utan utformats på annat sätt hade VR Track kunnat prissätta sitt anbud på annat sätt. VR Track har på grund av den använda utvärderingsmodellen och genom att Infranords anbud inte har förkastats lidit eller riskerat att lida skada.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan. Till stöd för talan anför Trafikverket bl.a. följande. Trafikverket har inte brutit mot principerna om likabehandling eller transparens. Om det eventuellt skulle föreligga någon brist är den inte av sådan art eller omfattning att kraven i LUF åsidosatts. VR Track har inte lidit eller riskerat att lida skada i den aktuella upphandlingen. Infranord har i mängdförteckningen på ett korrekt sätt prissatt posten ”liftmotorvagn eller motsvarande” och därmed offererat detta. Det bestrids att de dubbelposter som VR Track angett aldrig skulle kunna bli föremål för ett ÄTA-arbete. Det är inte ovanligt att det under kontraktstiden inträffar oförutsedda händelser som inte omfattas av kontraktsarbetena och därför utgör ÄTA-arbeten. Trafikverket kan omöjligt förutse allt som kan hända under kontraktstiden varför Trafikverket önskar säkerställa vilka priser som ska gälla vid ÄTA-arbeten. Det ska vidare upplysas att det förekommer ÄTA-arbeten i de underhållskontrakt på järnväg som VR Track har idag. Anbudsgivarna har utifrån affärsmässiga överväganden att ta hänsyn till i vilken utsträckning som de olika posterna kan aktualiseras som ÄTA. Den konkurrensmässiga prissättningen grundar sig på företagets erfarenhet, taktiska överväganden och dess strategier. Det är tämligen vanligt att en anbudsgivare prissätter en enskild post med noll kr. Det är helt på anbudsgivarens risk att spekulera på detta sätt.

Förvaltningsrätten avslag den 23 september 2013 VR Tracks yrkande om editionsföreläggande avseende vissa handlingar hos Trafikverket.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

I förfrågningsunderlaget sägs bl.a. följande.

Upphandlingsföreskrifter

UFB.31 Anbuds form och innehåll

Anbudssumman ska vara baserad på i handling 7.1 Mängdförteckning upptagna kvantiteter för koderna 1 – 99.2 samt kod 99.4. Den sammanräknade summan av mängdförteckningarna, koderna 1 – 99.2 samt kod 99.4, ska överensstämma med anbudssumman.

UFB.52 Värderingsgrunder vid prövning av anbud

Beställaren kommer att anta det anbud som har lägst anbudssumma. Utvärdering av kod 99.4 Timprislista sker genom att lämnade timpriser multipliceras med ett fiktivt antal timmar. Summan av kostnader för kod 99.4 läggs till anbudssumman. Fiktiv mängd av kod 99.4 är endast upptagen för utvärdering av pris i upphandlingsskedet och kommer inte att ingå i kontraktshandlingarna.

Mät- och ersättningsregler

99.4 Timprislista för ÄTA-arbeten

Koden ska användas vid ÄTA-arbeten. I ersättning ingår avseende samtliga underkoder (00.1-3) samtliga kostnader enligt i AB 04 angiven definition på à-pris och hjälpmedel, enligt i AB 04 angiven definition, som krävs för entreprenadens genomförande. Fordon för transport betraktas som hjälpmedel. Avs. kod 00.2 ingår samtliga kostnader för fullt färdig utrustad maskin med förare samt övrig personal som krävs för att utföra det avsedda arbetet exklusive etablering och avetablering.

Mängdförteckning

99.2 Maskiner bemannade

99.2.8 Liftmotorvagn eller motsvarande

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Prövningen

I mål om överprövning enligt LUF gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad VR Track anfört är visat att Trafikverket har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och om detta medfört att VR Track lidit eller riskerat att lida skada (16 kap. 6 § LUF). De grundläggande principerna innebär att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 24 § LUF).

Liftmotorvagn

VR Track har gjort gällande att Infranord inte offererat någon liftmotorvagn på sätt som efterfrågas i mängdförteckningen. Till stöd för inställningen har VR Track uppmärksammat att Trafikverket vid anbudsgenomgången frågat Infranord om bolaget inte avser att använda en liftmotorvagn i entreprenaden samt bett bolaget beskriva hur de avser att klara ingående åtaganden med enbart en lifträlsbil. Trafikverket har konstaterat att Infranord i mängdförteckning på ett korrekt sätt prissatt posten 99.2.8 liftmotorvagn eller motsvarande och därmed offererat detta. Trafikverket anser att det inte med anledning av detta har funnits grund för att förkasta Infranords anbud.

Förvaltningsrätten kan konstatera att aktuell post i mängdförteckningen är "liftmotorvagn eller motsvarande". Sett enbart till det utdrag från anbudsgenomgången som VR Track har åberopat framstår det enligt förvaltningsrättens mening som att Infranord avser att använda en lifträlsbil istället för

en liftmotorvagn i entreprenaden. Att en lifträlsbil inte motsvarar en liftmotorvagn har emellertid inte gjorts gällande av VR Track. Det är således inte visat att Trafikverket åsidosatt likabehandlingsprincipen i detta avseende.

Dubbelposter

VR Track har vidare lyft fram ett antal poster i prislistan för ÄTA-arbeten, kod 99.4, som även återfinns i den ordinarie prislistan, vilken har företräde framför ÄTA-arbetena. Genom att Infranord noterat att dubbelpostningen innebär att ÄTA-arbetena inte kommer att bli aktuella under entreprenaden har bolaget enligt VR Track kunnat prissätta aktuella ÄTA-arbeten med noll kr och på så sätt fått en lägre anbudssumma. VR Track menar att Infranords förfarande visar att utvärderingsmodellen är otydlig och bristfällig samt att Trafikverket, genom att inte justera anbudssumman, inte behandlat anbudsgivarna på lika villkor.

Den av Trafikverket valda tilldelningsgrunden för upphandlingen är att anbudet med lägst pris ska antas (12 kap. 1 § 2 punkten 2 LUF). Några andra kriterier än den totala anbudssumman får alltså inte beaktas vid tilldelningen av kontraktet. Beträffande leverantörernas möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud vid användandet av tilldelningsgrunden lägsta pris framstår det som angeläget att leverantörerna kan förutse vilka poster som påverkar anbudssumman och hur summan beräknas. I rättspraxis brukar detta uttryckas som att informationen som ges i en upphandling ska vara av sådan omfattning och kvalitet att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se EU-domstolens avgörande i mål C-19/00 SIAC Construction, som gällde utformningen av tilldelningskriterier).

Förvaltningsrätten kan konstatera att VR Track åtminstone efter det att bolaget lämnat sitt anbud, enligt dess egen tolkning av entreprenadens ut-

förande, tycks insett att vissa ÄTA-arbeten inte kommer att bli aktuella. Oaktat om denna tolkning är riktig eller inte, beträffande de dubbelposter som VR Track lyft fram, anser förvaltningsrätten att denna fråga i första hand bör vara föremål för leverantörernas egna affärsmässiga överväganden vid prissättningen av de enskilda posterna. Det är med andra ord inte visat att förfrågningsunderlagets utformning brister i tydlighet på ett sådant sätt att en rimligt informerad och omsorgsfull leverantör hindras från att göra nämnda överväganden. Vad VR Track anfört om instruktionen hur prislistan för ÄTA-arbeten ska fyllas i föranleder ingen annan bedömning.

Sammanfattning

Det är på grundval av vad VR Track anfört inte visat att Trafikverket brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF. VR Tracks ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1 C LOU).



Eva Karlsson Helghe

rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.